FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL
fremsat den 27. maj 2004 [1]

I — Indledning

1. Domstolen skal i denne sag på ny fortolke artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104/EØF [2] (herefter »direktiv 89/104«) for så vidt angår princippet om konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«).

2. I tvisten i hovedsagen blev de varemærkede produkter fremstillet uden for EØS og blev importeret hertil af varemærkeindehaveren — eller i hvert fald af selskaber, der er forbundet med varemærkeindehaveren. Varerne blev senere solgt dels af disse forbundne selskaber, dels af tredjemand; det er ubestridt, at der var tale om distribution inden for EØS. Efter at varemærkeindehaveren havde anlagt sag om varemærkekrænkelse med henblik på at få kontrol over distributionen inden for EØS, blev der for den nationale ret rejst spørgsmål om, hvorvidt — og i givet fald på hvilket tidspunkt — varemærkeindehaverens rettigheder skal eller skulle anses for at være konsumeret.

3. Den forelæggende ret ønsker i denne forbindelse i det væsentlige oplyst, om den — blotte — import til EØS af varemærkede produkter er en markedsføring af disse varer, hvilket udløser konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, eller om det snarere er varemærkeindehaverens efterfølgende handlinger, der er afgørende.

II — Retlige forskrifter

4. Artikel 5 i direktiv 89/104 bestemmer:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets første direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

[...]

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 og 2 er opfyldt, kan det bl.a. forbydes

[...]

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

[...]«

5. Artikel 7 i direktiv 89/104 har overskriften: »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«. Artikel 7, stk. 1, har følgende ordlyd:

»De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.«

6. I overensstemmelse med artikel 65, stk. 2, sammenholdt med bilag XVII, nr. 4, til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde blev artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 ændret, således at udtrykket »inden for Fællesskabet« blev erstattet af ordene »inden for en kontraherende parts område«.

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

7. Peak Holding AB (herefter »Peak Holding«) er indehaver af flere varemærker, der

er registreret i Sverige og/eller i Fællesskabet. Retten til at anvende varemærkerne er blevet overdraget til selskabet Peak Performance Production AB (herefter »Peak Production«), der tilhører samme koncern. Dette sidstnævnte selskab fremstiller og sælger tøj og tilbehør under disse varemærker i Sverige og i udlandet.

8. I september 2000 udbød selskabet Handelskompaniet Factory Outlet i Löddeköpinge AB, som er blevet opkøbt af selskabet Axolin-Elinor AB (herefter »Axolin-Elinor«), et parti varer på omkring 25 000 stykker tøj til salg i sine butikker. Salget var rettet mod slutforbrugeren, og varerne, som var forsynet med Peak Holdings varemærker, blev markedsført med annoncer i aviserne. Tøjet i dette parti var blevet fremstillet uden for Europa for Peak Productions regning [3]. Tøjet blev importeret til Europa med henblik på salg, og det indgik i Peak Productions almindelige sortiment i årene 1996-1998.

9. Det er mellem parterne i hovedsagen ubestridt, at 70% af disse beklædningsgenstande i denne periode var ude i butikkerne til salg til forbrugerne. Ifølge Axolin-Elinor var alt tøjet sat til salg i butikker, der tilhørte selvstændige forhandlere, mens tøjet ifølge Peak Holding var sat til salg i Peak Productions egne butikker.

10. I november og december 1999 blev alt tøjet i dette parti udbudt til salg til forbrugerne i Base Camp-butikken i København, som blev drevet af et søsterselskab til Peak Production, nemlig Carli Gry Denmark A/S. Peak Production solgte efterfølgende det resterende tøj til den franske virksomhed COPAD International (herefter »COPAD«). Peak Production betingede sig angiveligt i denne forbindelse, at partiet ikke måtte videresælges til andre europæiske lande end Slovenien og Rusland, bortset fra 5% af den samlede mængde, der kunne sælges i Frankrig.

11. Axolin-Elinor har udtrykkeligt bestridt, at der blev aftalt en sådan begrænsning, og har derimod gjort gældende, at selskabet har købt partiet af det svenske selskab Truefit Sweden AB.

12. Det er mellem parterne ubestridt, at det pågældende parti varer ikke har befundet sig uden for EØS fra det tidspunkt, hvor det forlod Peak Productions lager i Danmark, og indtil leveringen til Axolin-Elinor.

3 — Det kan ikke fuldstændigt sikkert fastslås ud fra forelæggelseskendelsen, om der ved Europa (kun) skal forstås EØS-staterne. Jeg går i dette forslag til afgørelse ud fra, at det pågældende parti varer blev fremstillet uden for EØS.

13. Peak Holding anlagde i oktober 2000 sag mod Axolin-Elinor ved Lunds Tingsrätt med den begrundelse, at Axolin-Elinors markedsføring krænkede Peak Holdings varemærkerettigheder. Da Tingsrätten fandt, at varerne var blevet markedsført i og med, at de var blevet udbudt til forbrugerne i Base Camp-butikken, og at den ret, der er knyttet til varemærket, ikke efterfølgende kunne genetableres efter denne markedsføring, frifandt den Axolin-Elinor. Peak Holding har appelleret Tingsrättens dom til Hovrätten över Skåne och Blekinge (appelretten).

14. Den forelæggende ret har fundet, at tvistens løsning nødvendiggør en fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, hvorfor den har besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal en vare anses for at være markedsført, når den af varemærkeindehaveren

a) er importeret til og fortoldet i det fælles marked med henblik på salg på dette marked?

b) er udbudt til salg i varemærkeindehaverens egne eller forbundne selskabers butikker inden for det fælles marked, uden at varen er overdraget?

2) Kan en varemærkeindehaver, hvis en vare er markedsført ved et af alternativerne ovenfor, og der dermed er indtrådt konsumption af varemærkeretten, uden at der er sket overdragelse af varen, afbryde konsumptionen ved at føre varen tilbage på lager?

3) Skal en vare anses for at være markedsført, når den af varemærkeindehaveren er blevet overdraget til et andet selskab inden for det indre marked, hvis varemærkeindehaveren ved overdragelsen over for køberen betingede sig, at denne ikke havde ret til at videresælge varen inden for det fælles marked?

4) Er det af betydning for besvarelsen af spørgsmål 3, om varemærkeindehaveren ved overdragelsen af det vareparti, hvori varen indgik, gav køberen tilladelse til at videresælge en mindre andel af varerne inden for det fælles

marked, uden nærmere at angive, hvilke individuelle varer denne tilladelse angik?«

IV — Retlig vurdering

15. Det første præjudicielle spørgsmål omhandler navnlig spørgsmålet om, på hvilket præcist tidspunkt en vare, der er forsynet med varemærket, skal anses for at være »markedsført«. Det andet præjudicielle spørgsmål forekommer at være subsidiært, idet det kun er stillet for det tilfælde, at det må anerkendes, at der er sket markedsføring på grundlag af de handlinger, der er fremdraget af den nationale ret under det første præjudicielle spørgsmål. På grund af den snævre forbindelse mellem de to første præjudicielle spørgsmål ønsker jeg at behandle dem samlet.

16. Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål vedrører forholdet mellem kriteriet markedsføring og kriteriet samtykke i artikel 7, stk. 1, idet det fjerde spørgsmål kun omhandler en særegenhed ved dette — afgørende — samtykke. Disse to spørgsmål skal derfor også behandles samlet.

A — *Første og andet præjudicielle spørgsmål*

17. Hvad angår de første to præjudicielle spørgsmål er der i det væsentlige tale om at konkretisere begrebet markedsføring med henblik på at kunne afgøre, på hvilket tidspunkt en vare, der er forsynet med et varemærke, skal behandles som om den er blevet markedsført i EØS af varemærkeindehaveren selv. Dette spørgsmål er af stor praktisk betydning. Løsningen afhænger bl.a. af en varemærkeretlig bedømmelse af koncerninterne salg [4] eller accessoriske transaktioner [5].

18. Det skal indledningsvis understreges, at den ret, der er knyttet til varemærket, i artikel 5 i direktiv 89/104 er defineret som en eneret. Direktivets artikel 5, stk. 3, opregner i detaljer varemærkeindehaverens beføjelser; ifølge litra b) omfatter disse beføjelser bl.a. retten til at forbyde, at varerne udbydes til salg, markedsføres eller oplagres med dette formål. Ifølge gældende fællesskabsret har varemærkeindehaveren også den grundlæggende ret til at fastlægge stedet og tids-

4 — Skal varemærkeindehaverens eneret f.eks. anses for udtømt, fordi han har overdraget de varemærkede produkter til en koncernforbundet virksomhed?

5 — Skal varemærkeindehaverens eneret f.eks. anses for udtømt, fordi han har overgivet de varemærkede produkter til en transportør?

punktet for det varemærkede produkts markedsføring i EØS [6].

19. Det fællesskabsretlige konsumptionsprincip, således som det fremgår af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, skal gøre det muligt at skabe en balance mellem på den ene side hensynet til de frie varebevægelser, på den anden side udøvelsen af den ret, der er knyttet til varemærket. Uden dette princip ville varemærkeindehaveren nemlig være beføjet til at forhindre markedsføringen i en bestemt medlemsstat af varer, der er forsynet med varemærket, og som han selv eller en tredjemand med hans samtykke har markedsført i en anden medlemsstat. Dette ville i betydelig grad påvirke det indre markeds funktion. Med henblik på at sikre det indre markeds funktion giver det fællesskabsretlige konsumptionsprincip — der nu findes i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 — således mulighed for at overvinde det i princippet territoriale omfang af den beskyttelse, der er knyttet til nationale varemærker [7]. På grundlag af den foretagne afvejning tilkommer det derfor varemærkeindehaveren at træffe afgørelse om den første markedsføring — inden for EØS — af varerne [8], selv om han varemærkeretligt ikke har ret til at kontrollere den efterfølgende distribution.

20. Der er en særegenhed ved den (delvise) harmonisering af den nationale varemærkeret i henhold til direktiv 89/104, nemlig det forhold, at det fællesskabsretlige konsumptionsprincip, der i første omgang er udviklet i forhold til det indre marked, ligeledes har fået betydning for samhandelen med tredjelande [9]. Domstolen har i denne forbindelse tydeligt angivet, at markedsføringen uden for EØS ikke udtømmer varemærkeindehaverens ret til at anfægte importen af varer, der sker uden hans samtykke, og Domstolen har konkluderet, at »fællesskabslovgiver således [har] givet varemærkeindehaveren mulighed for at kontrollere den første markedsføring inden for EØS af de varer, der er forsynet med mærket« [10], uden imidlertid at undersøge ånden i og formålet med konsumptionsprincippet ud over betragtninger — der ikke er relevante i denne sag — vedrørende det indre markeds funktion [11].

6 — Også hvis varerne i første omgang er blevet markedsført uden for EØS af varemærkeindehaveren, hvilket følger af, at konsumptionsprincippet gælder inden for EØS-området, jf. K.-H. Fezer, *Markenrecht*, 3. udgave, München 2001, § 24 MarkenG, punkt 93. For et kritisk synspunkt behøver man blot at læse dommer Laddies forelæggelseskendelse af 18.5.1999 i sag C-414/99 (der er gengivet i uddrag i II C, vol. 30, nr. 5/1999, s. 567) (punkt 36): »Dette illustrerer efter min mening, hvordan Silhouette-dommen har tildelt varemærkeindehaveren en til snylteri grænsende ret til at gribe ind i distributionen af varerne, som kun har lidt eller intet at gøre med varemærkerettens egentlige funktion. Man kan vanskeligt forestille sig, at en ordentligt informeret lovgiver har ønsket dette resultat, heller ikke selv om det er den korrekte fortolkning af direktivets artikel 7, stk. 1.«

7 — Om konsumptionsprincippets afvejende funktion, jf. ligeledes mit forslag til afgørelse af 5.4.2001 i de forenede sager C-414/99 — C-416/99, Davidoff m.fl.-dommen (Domstolens dom af 20.11.2001), Sml. I, s. 8691, punkt 80 ff.

8 — Jf. udtrykkeligt i denne retning Davidoff m.fl.-dommen, omtalt i fodnote 7, præmis 33 og henvisningerne heri.

9 — Jf. ligeledes i denne henseende mit forslag til afgørelse i Davidoff m.fl.-sagen, omtalt i fodnote 7, punkt 78 og 84, samt bemærkningen i fodnote 6.

10 — Jf. Davidoff m.fl.-dommen, omtalt i fodnote 7, præmis 33. Jf. også dom af 1.7.1999, sag C-173/98, Sebago og Maison Dubois, Sml. I, s. 4103, præmis 21.

11 — Jf. ligeledes T. Hays: *Parallel Importation under European Union Law*, London, 2004, punkt 7.55 ff. samt punkt 10.02 ff. og 10.11 ff.

21. Endelig skal jeg forudskikke den bemærkning, at en styrkelse af varemærkeindehaverens rettigheder — som for eksempel en forskydning af tidspunktet for den relevante handling, der udløser konsumption af rettighederne — i princippet ledsages af yderligere muligheder for inden for EØS at begrænse de frie varebevægelser.

22. Besvarelsen af de to første præjudicielle spørgsmål vedrørende kriteriet markedsføring i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 forudsætter en fortolkning af denne bestemmelse ved hjælp af de sædvanlige fortolkningsmetoder. I forbindelse med disse metoder skal jeg vende tilbage til de fortolkninger, der er foreslået af den nationale ret i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål.

Ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104

23. På trods af de eventuelle forskelle mellem sprogversionerne af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 [12] har den svenske regering med rette understreget, at det, når man tager udgangspunkt i daglig tale, fremgår af bestemmelsens ordlyd, at det under alle omstændigheder er nødvendigt med en handling, der er rettet mod markedet fra varemærkeindehaverens side, for at kriteriet om markedsføring kan anses for opfyldt. Dette bekræftes ligeledes af et historisk tilbageblik. Domstolen udtalte i den principielle dom i sagen Centrafarm mod Winthrop [13], at »[e]n sådan hindring [for de frie varebevægelser] ikke [er] berettiget, når produktet lovligt er blevet *afsat* på *markedet* i den medlemsstat, hvorfra det er importeret, af indehaveren selv eller med hans samtykke, således at der ikke kan opstå spørgsmål om misbrug eller efterligning af mærket« (min fremhævelse).

24. Det følger af den afgørende betydning af retningen af varemærkeindehaverens handling — nemlig mod markedet — sammenholdt med konsumptionen i medfør af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 af den ret, der er knyttet til varemærket, at i henhold til bestemmelsens ordlyd kan rent interne transaktioner i virksomheden eller forberedende handlinger, som for eksempel varemærkeindehaverens import af varer fra de tredjelande, hvor de fremstilles, ikke anses for markedsføring af varerne, der er forsynet med varemærket.

12 — Mens den tyske version hviler på begrebet »Inverkehrbringen« (direkte oversat: bringe i omsætning), henviser den franske version (»mis dans le commerce«), den spanske og den portugisiske version, der er identiske på dette punkt (henholdsvis »comercializado« og »comercializados«), den italienske version (»immessi in commercio«) og den nederlandske version (»in de handel zijn gebracht«) til salget i handelen, hvorimod den engelske version (»put on the market«), den svenske (»förts ut på marknaden«) og den danske version (»markedsført«) henviser direkte til markedet.

13 — Dom af 31.10.1974, sag 16/74, Sml. s. 1183, præmis 10.

25. For så vidt angår varemærkede produkter, der er fremstillet uden for EØS, skal det endvidere bemærkes, at varemærkeindehaveren på det tidspunkt, hvor de importeres til EØS, endnu ikke nødvendigvis har fastlagt, hvorledes de første gang skal markedsføres inden for EØS. Hvis varemærkeindehaverens blotte import og fortoldning af de varemærkede produkter var tilstrækkelig til at udtømme den ret, der er knyttet til varemærket, kunne varemærkeindehaveren til syvende og sidst ikke længere kontrollere den første markedsføring inden for EØS af varerne, der er forsynet med varemærket.

26. Hvis man dermed udelukker, at den blotte import til EØS er det, der bestemmer markedsføringstidspunktet, er spørgsmålet herefter, om varerne *markedsføres*, når de udbydes til salg inden for EØS, eller om det derimod kræves, at varerne overdrages — eller under alle omstændigheder, at rådighedsretten ikke blot midlertidigt overføres — for, at de anses for at være markedsført.

27. Det forekommer næppe muligt at klarlægge dette spørgsmål ved hjælp af en ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, eftersom både udbud og overdragelse af de varemærkede produkter udgør handlinger, der er »rettet mod markedet«. På grundlag af en ordlydsfortolkning kan man i det højeste bemærke — ligesom for eksempel den svenske regering — at det ikke virker overbevisende at lægge vægten på varens overdragelse, idet varen faktisk trækkes tilbage fra markedet netop på grund af overdragelsen. Axolin-Elinor har tilsvarende gjort gældende, at udbuddet til salg af varerne i en butik reelt angiver, at de befinder sig på markedet.

Systematisk fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104

28. Fra et systematisk synspunkt skal først og fremmest forholdet mellem artikel 5, stk. 3, og artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 behandles. Ifølge artikel 5, stk. 3, litra b), kan varemærkeindehaveren bl.a. forbyde »at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål [...]«. På baggrund af denne formulering skal der tilsyneladende sondres mellem, om varerne udelukkende er udbudt til salg, eller om de er markedsført.

29. Man kan ikke desto mindre spørge, om markedsføringen i denne bestemmelses forstand er overensstemmende med det enslydende udtryk i artikel 7, stk. 1. Det taler herfor dels, at der anvendes det samme begreb, dels at begge bestemmelser sondrer mellem handlinger, der er rettet mod markedet, og handlinger, der kun er af intern karakter [14]. Mod en ensartet fortolkning taler

14 — Jf. i denne retning, for så vidt angår den tyske gennemførelsesbestemmelse, R. Ingerl og C. Rohnke, *Markengesetz*, 2. udgave, München 2003, § 24, punkt 18.

derimod de to bestemmelsers særskilte formål: Mens artikel 5 i detaljer definerer udstrækningen af beskyttelsen som følge af eneretten, der er knyttet til varemærket, indeholder artikel 7, stk. 1, en begrænsning af denne eneret [15].

30. En systematisk fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 giver derfor ikke et klart svar.

Formålsbestemt fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104

31. I forbindelse med en formålsbestemt fortolkning af artikel 7, stk.1, i direktiv 89/104 skal der tages udgangspunkt i konsumptionsprincippets afvejende funktion, som jeg allerede har redegjort for [16]. Alle eventuelle fortolkningsmuligheder, der begrænser varemærkeindehaverens beføjelse til at kontrollere den første markedsføring inden for EØS af varer, der er forsynet med varemærket, skal derfor forkastes. Det skal ligeledes bemærkes, at den begrænsning af varemærkeindehaverens ret, der findes i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, ikke kun tjener det indre markeds funktion, men ligeledes retssikkerheden i det omfang, den forhindrer, at varemærkeindehaveren kontrollerer enhver efterfølgende markedsføring, og den giver dermed ligeledes mulighed for en »erhvervelse i god tro« i varemærkeretlig henseende.

32. I forbindelse med den formålsbestemte fortolkning skal det dermed sikres, at varemærkeindehaveren kan udøve sin eneret inden for de nævnte grænser [17], og at han heraf kan drage økonomisk fordel, uden at dette skader retssikkerheden.

33. Jeg har allerede fastslået, at disse hensyn ikke ville blive tilgodeset, hvis det anerkendtes, at den blotte import til EØS af varer, der er forsynet med varemærket, udgør en markedsføring af disse varer [18].

34. Selv om både Kommissionen og den svenske regering er enige i, at muligheden for at opnå en økonomisk fordel af varemærket er afgørende, har de draget forskellige konklusioner heraf. Mens Kommissionen er af den opfattelse, at den nævnte økonomiske fordel kun kan opstå ved overdragelse af den vare, der er forsynet med varemærket, er det den svenske regerings opfattelse, at det er

15 — Jf. for så vidt angår den tyske gennemførelsesforordning, K.-H. Fezer, omtalt i fodnote 6, punkt 7d; P. Ströbele og F. Hacker, *Markengesetz*, 7. udgave, Köln, 2003, § 24, punkt 33, begge steder med henvisninger.

16 — Jf. punkt 19.

17 — Jf. punkt 19.

18 — Jf. punkt 24 ff.

tilstrækkeligt, at varemærkeindehaveren har mulighed for at udbyde sin vare til slutforbrugeren, eftersom han i så fald under alle omstændigheder har kunnet fastlægge vilkårene for den første markedsføring af varen, uanset en eventuel faktisk overdragelse af varen.

35. Den svenske regerings synspunkt kan bestemt hente støtte i en økonomisk betragtning, hvor markedsføring sidestilles med at bringe i handelen, hvilket forstås som varens introduktion på markedet, og hvor gennemførelsen af varens overdragelse dermed også fortolkes som en tilbagetagelse fra markedet. Hvis man tager udgangspunkt i en definition af markedet som et sted med fri udveksling af ydelser og modydelser, hvor prisen bestemmes af udbud og efterspørgsel, skal det imidlertid bemærkes, at den svenske regerings fortolkning på ingen måde er tvingende nødvendig. Prisdannelsen på markedet sker i samspillet mellem udbud og efterspørgsel og afsluttes først, når varen er overdraget, således at visse forhold taler for Kommissionens fortolkning. Kun denne fortolkning tager hensyn til betragtningen af markedets funktion som et sted med fri udveksling af ydelser og modydelser [19].

36. Efter Axolin-Elinors opfattelse kan det dog ikke bestrides, at varer, der udbydes til salg i en butik, er blevet markedsført. Ifølge Axolin-Elinor må det endvidere antages, at der ved allerede at lægge vægten på det forhold, at varen udbydes til slutforbrugeren, er taget tilstrækkeligt hensyn til beskyttelsen af varemærkets væsentligste funktion — den såkaldte oprindelsesgaranti.

37. Dette synspunkt forekommer i mange henseender ikke overbevisende. Selv om det i et sådant tilfælde må anerkendes, at der er tale om en handling, som er rettet mod markedet, tager et sådant synspunkt ikke desto mindre ikke tilstrækkeligt hensyn til varemærkeindehaverens interesser, eftersom beskyttelsen af hans investeringer i varemærket ikke økonomisk kan realiseres ved blot at udbyde de varer, der er forsynet med varemærket, til salg [20].

38. Praktiske årsager taler også for, at man ikke kan lægge vægten på varens udbud til salg. Peak Holding har i denne forbindelse anført, at det er vanskeligt at behandle udbuddet som det afgørende, idet det for så vidt angår oplagrede varer ikke er klart, for hvilke varer der er indtrådt konsumption. Der skal på dette sted også henvises til

19 — Jf. ligeledes i en anden sammenhæng generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 13.11.2003 i forbindelse med dom af 29.4.2004, sag C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, Sml. I, s. 5791, punkt 40, hvor det anføres, at »når man siger marked, menes et møde mellem udbud og efterspørgsel, eller udveksling, transaktion [...]«

20 — Det skal i denne sammenhæng erindres, at selv om Domstolen i dom af 12.11.2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, bekræftede varemærkets traditionelle funktion som oprindelsesangivelse for varen, understregede den samtidig varemærkets stigende betydning som investeringsobjekt og reklamemiddel, i overensstemmelse med generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers redegørelse i forslag til afgørelse af 13.6.2002, punkt 46. Set ud fra dette synspunkt forekommer Axolin-Elinors opfattelse at være for snæver.

Sebago og Maison Dubois-dommen [21], hvorefter »[det dog] står [...] fast, at de rettigheder, der er knyttet til varemærket, kun udtømmes for de eksemplarer af varen, der er markedsført på det i denne bestemmelse fastlagte område med indehaverens samtykke. For de eksemplarer af varen, der ikke er markedsført på dette område med indehaverens samtykke, kan denne altid i overensstemmelse med den ret, han har ifølge direktivet, forbyde brugen af mærket«. Det følger af denne dom, at det under alle omstændigheder skal fastlægges, hvilke eksemplarer af varen, der er markedsført, for at der kan siges at være indtrådt konsumption, uanset om varerne er markedsført af varemærkeindehaveren selv eller med hans samtykke. Hvis det var tilstrækkeligt, at varerne blot blev udbudt til salg for at kunne anses som markedsført, er der fortsat spørgsmålet om, hvordan man med tilstrækkelig retssikkerhed kan identificere de oplagrede varer, der muligvis ikke er bestemt til at blive solgt.

39. Det skal endvidere bemærkes, at hvis man henholder sig til tidspunktet for udbuddet til salg, hindrer det, at parallelimport fra tredjelande kan udelukkes i de tilfælde, hvor varerne først befandt sig inden for EØS uden at blive solgt inden for EØS. I Silhouette International Schmied-sagen [22], der vedrørte et sådant tilfælde, undersøgte Domstolen som bekendt tilladeligheden af den internationale konsumption, der var forudsat i national ret, hvilket igen logisk forudsætter, at de rettigheder, der er knyttet til varemærket, ikke kunne anses for udtømt på grund af, at varerne var udbudt til salg i en medlemsstat.

40. Hvis man dermed — ud fra et økonomisk synspunkt — betragter overdragelsen af de varer, der er forsynet med varemærket, som det afgørende tidspunkt for markedsføringen af disse varer [23], skal det endelig ud fra et retligt synspunkt afgøres, om der kræves en ændring af ejerforholdet. Forelæggelseskendelsen foreslår dette, idet der i det første præjudicielle spørgsmål henvises til den manglende overgang af ejendomsretten til varen. Kommissionen har også, navnlig under retsmødet, udtalt sig til støtte for, at overgangen af ejendomsretten er afgørende.

41. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selv en ændring af ejerforholdet ikke er relevant for besvarelsen af spørgsmålet om,

21 — Omtalt i fodnote 10, præmis 19.

22 — Dom af 16.7.1998, sag C-355/96, Sml. I, s. 4799.

23 — Dette kan man f.eks. ligeledes udlede af dom af 23.10.2003, sag C-115/02, Rioglass og Transremar, Sml. I, s. 12705, præmis 28, hvor det fastslås, at en transitforsendelse (der består i, at de varer, der lovligt er fremstillet i en medlemsstat, transporteres til et tredjeland og dermed transporteres gennem et eller flere medlemsstaters område) »ikke [indebærer] markedsføring af de pågældende varer [forstået som bragt i omsætning, jf. også dommens præmis 25]«.

hvorvidt varemærkeindehaveren kan drage økonomisk fordel af varemærket. Der skal med andre ord ikke tages hensyn til ændringen af ejerskabet til det varemærkede produkt, når man anlægger det økonomiske synspunkt [24].

42. Hvis der ikke tages hensyn til ændringen af ejerforholdet, må man lægge vægt på overførslen af den reelle rådighedsret over varen. En vare er derfor blevet markedsført, når en tredjemand, hvis beslutninger i forbindelse med varens salg ikke kan tilskrives varemærkeindehaveren — på grund af for eksempel denne tredjemands uafhængighed — har erhvervet retten til reelt at råde over varen [25].

43. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at varer, der er forsynet med et varemærke, hverken er markedsført ved blot at blive importeret til og fortoldet i EØS eller ved at blive udbudt til salg i varemærkeindehaverens egne eller forbundne virksomheders butikker. En markedsføring inden for EØS i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, der indebærer en konsumption af rettighederne, foreligger derimod, når en uafhængig tredjemand har erhvervet rådighedsretten over de varer, der er forsynet med varemærket.

44. Det er under hensyn til den foreslåede besvarelse ikke nødvendigt at behandle det andet præjudicielle spørgsmål.

B — *Tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål*

45. Hvad angår de to sidste præjudicielle spørgsmål, er der i det væsentlige tale om, hvorvidt og i hvilket omfang et kontraktvilkår, der angiver varemærkeindehaverens ønske i forbindelse med salget af de varer, der er forsynet med varemærket, er af betydning for kriteriet om samtykke i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104.

46. Dette spørgsmål har sin baggrund i den opfattelse, at hvis det kan fastslås, at dette

24 — Når et varemærket produkt er blevet solgt med ejendomsforbehold, sker overførslen af rådighedsretten før ændringen af det retlige ejerforhold. Ejendomsforbeholdet påvirker i dette omfang ikke spørgsmålet, om der er indtrådt varemærkeretlig konsumption. Hvis varerne overdrages til sikkerhed, er det endda tvivlsomt, om en handling, der er rettet mod markedet, har fundet sted, eftersom overdrageren fortsat er i besiddelse af den pågældende vare. Jf. i denne henseende J. Mulch: *Der Tatbestand der markenrechtlichen Erschöpfung*, Köln, 2001, s. 20.

25 — Dette tilfælde adskiller sig generelt fra koncerninterne salg eller salg, der er gennemført inden for et distributionssystem.

ønske, som er udtrykt i kontrakten, er tilsidesat, foreligger der intet samtykke i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, således at det ikke længere er af betydning, om de varer, der er forsynet med varemærket, er markedsført inden for EØS eller ikke.

47. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at varemærkeindehaveren Peak Holding ønskede, at partiet af usolgte varer for langt den største dels vedkommende skulle sælges i tredjelande. Peak Holding indsatte en bestemmelse herom i kontrakten med det franske selskab COPAD. Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål er tydeligvis inspireret af Peak Holdings argument om, at tilsidesættelsen af denne kontraktbestemmelse om territorial begrænsning af salget er ensbetydende med, at der ikke foreligger samtykke i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, således at der ikke kan være sket konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket.

48. Dette synspunkt tager ikke hensyn til konsumptionens retlige karakter som en *lovmæssig* begrænsning af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, som det med rette er anført af den svenske regering. Både i henhold til konsumptionsprincippets ordlyd og dets betydning og formål skal der sondres mellem varemærkeindehaverens egen markedsføring og en tredjemands markedsføring, der foregår med varemærkeindehaverens samtykke [26]. Begrebet samtykke i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 er et kriterium, hvorefter det skal bedømmes, om tredjemands markedsføring af varerne inden for EØS kan tilskrives varemærkeindehaveren [27].

49. Hvis varer, der er forsynet med et varemærke, markedsføres inden for EØS af varemærkeindehaveren selv, indtræder konsumptionen i kraft af loven, uanset om der er en kontrakt mellem varemærkeindehaveren og erhververen. Tilsidesættelsen af en eventuel kontraktbestemmelse om territoriale begrænsninger for salget inden for EØS, som varemærkeindehaveren har pålagt en erhverver af varer, der er forsynet med varemærket, giver dog i givet fald mulighed for krav i henhold til kontrakten, men principielt kan der ikke tages hensyn hertil i varemærkeretten.

50. Selv en henvisning til Domstolens dom i Davidoff m.fl.-sagen [28] kan ikke ændre denne vurdering. I denne dom fastslog Domstolen navnlig, at »[e]n national lov, der tager varemærkeindehaverens blotte tavshed i betragtning, anerkender ikke et stiltiende

26 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse, omtalt i fodnote 7, punkt 42.

27 — Domstolen fastslog allerede i dom af 22.6.1994, sag C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik, Sml. I, s. 2789, præmis 43, at »[d]et samtykke, som ligger i enhver overdragelse, er ikke det, der kræves, for at konsumptionsprincippet finder anvendelse«.

28 — Omtalt i fodnote 7.

samtykke, men et formodet samtykke. Loven tager således ikke hensyn til det krav om, at et samtykke positivt skal tilkendegives, der fremgår af fællesskabsretten«[29]. Man kan bestemt heraf konkludere, at varemærkeindehaverens samtykke i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, det vil sige samtykke til, at en tredjemand markedsfører varerne inden for EØS, ikke kan udledes af, at der i kontrakten mellem varemærkeindehaveren og erhververen ikke er territoriale begrænsninger for salget.

51. Det modsatte spørgsmål om, hvorvidt indføjelsen af en sådan territorial begrænsning for salget i denne kontrakt i princippet udelukker, at varemærkeindehaveren har givet samtykke i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, er kun af interesse, hvis konsumptionen kan udledes af dette samtykke. Spørgsmålet rejses, når de varemærkede produkter genimporteres fra tredjelande[30]. I tvisten i hovedsagen er der imidlertid ikke tale om et sådant tilfælde, idet spørgsmålet udelukkende er, på hvilket tidspunkt de varer, der er forsynet med varemærket, er blevet markedsført inden for EØS af varemærkeindehaveren selv.

52. Der er ingen grund til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt den territorielle begrænsning for salget i kontrakten mellem Peak Holding og COPAD kan anfægtes i henhold til konkurrenceretten, da denne omstændighed ikke er af relevans for besvarelsen af det tredje præjudicielle spørgsmål.

53. For så vidt angår det fjerde præjudicielle spørgsmål er det tilstrækkeligt at anføre, at når en eventuel territoriel begrænsning for salget ikke påvirker konsumptionen i et tilfælde som det i tvisten i hovedsagen, gælder dette så meget desto mere, når der er tale om en særlig udformning af en sådan kontraktbestemmelse.

54. Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål skal således besvares med, at i tilfælde af, at en vare, der er forsynet med et varemærke, overdrages til en anden virksomhed inden for EØS, er det uden betydning for konsumptionen, der indtræder i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, om og i hvilket omfang varemærkeindehaveren pålægger erhververen territorielle begrænsninger for salget.

29 — Dommens præmis 58.

30 — Hvis de varer, der er forsynet med varemærket, endnu ikke er markedsført inden for EØS af varemærkeindehaveren, men de er importeret til EØS af en tredjemand f.eks. ved parallelimport, opstår der, for så vidt angår en eventuel konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, ikke spørgsmål om, hvorvidt varerne er blevet markedsført inden for EØS af varemærkeindehaveren selv, men om de er blevet markedsført af en tredjemand med varemærkeindehaverens samtykke.

V — Sagens omkostninger

55. De udgifter, der er afholdt af den svenske regering og af Kommissionen, der har indgivet indlæg til Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

56. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 7, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at varer, der er forsynet med et varemærke, hverken er markedsført ved blot at blive importeret til og fortoldet i EØS eller ved at blive udbudt til salg i varemærkeindehaverens egne eller associerede selskabers butikker. En markedsføring inden for EØS foreligger derimod, når en uafhængig tredjemand har erhvervet den reelle råderet over varen for eksempel gennem et salg.

2) I tilfælde af at en vare, der er forsynet med et varemærke, overdrages til en anden virksomheden inden for EØS, er det uden betydning for konsumptionen i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, om og i hvilket omfang varemærkeindehaveren pålægger erhververen territorielle begrænsninger for salget.«